

Tutelas contra o inadimplemento contratual: a primazia das tutelas específicas sobre a tutela pelo equivalente monetário

Anissara TOSCAN*

RESUMO: O presente artigo volta-se ao estudo das formas de tutela do direito material, evidenciando que inexistem razões para se desconsiderá-las, inclusive, quando se trabalha com obrigações contratuais, sobretudo no atual “Estado de Direitos”, em que a efetiva proteção dos direitos assume papel central. Nesses termos, e considerando que o contrato é celebrado para ser cumprido, não se contentando com uma irrefletida conversão em pecúnia das prestações pactuadas, o processo civil deve se estruturar no sentido de possibilitar que a tutela jurisdicional satisfaça as exigências do direito material, prezando pelo cumprimento que se aproxime o melhor possível dos exatos termos da prestação prometida.

PALAVRAS-CHAVE: tutela específica; obrigação contratual; Estado Constitucional.

SUMÁRIO: 1. Notas introdutórias; – 2. Tutela ressarcitória pelo equivalente monetário e sua conexão com o Estado Liberal de Direito; – 3. O advento do Estado Constitucional e a insuficiência do modelo liberal de tutela dos direitos; – 4. Tutela(s) específicas(s) do direito material; – 5. Tutela(s) específicas(s) contra o inadimplemento contratual; – 6. Tutela(s) específicas(s) e o sistema de descumprimento estatuído pelo Código Civil; – 7. Conclusões; – 8. Referências.

TITLE: *Jurisdictional Protection against Contractual Default: the Primacy of Specific Jurisdictional Protection over the Protection by the Monetary Equivalent*

ABSTRACT: *The present study sought to analyze the forms of legal protection granted by the substantive law, highlighting that there is no reason to disregard them, even when analyzing contractual obligations, moreover in the current “rule of law”, in which the effective protection of rights plays a central role. In this sense, and considering that the contract is concluded to be fulfilled, and it is not to be contented with a thoughtless pecuniary conversion of the agreed conditions, the judicial proceeding must be arranged in order to enable the jurisdictional protection to satisfy the requirements of the substantive law, ensuring that the fulfillment of the contract is as close as possible to the exact terms of the promised provision.*

KEYWORDS: *Specific jurisdictional protection; contractual obligation; Constitutional State.*

CONTENTS: *1. Introductory remarks; – 2. Compensatory provision by the monetary equivalent and its connection to the Liberal State under the rule of law; – 3. The advent of the Constitutional State and the insufficiency of the liberal form the protection of rights; – 4. Specific jurisdictional protection(s) of substantive law; – 5. Specific jurisdictional protection(s) against contractual default; – 6. Specific jurisdictional protection(s) and the contractual default system legitimate by the Civil Code; – 7. Conclusions; – 8. Bibliography.*

* Doutoranda, Mestra e Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Professora em diversos cursos de especialização em processo civil. Autora de livro e artigos nas áreas de direito constitucional, civil e processual civil. Advogada.

1. Introdução

O processo civil foi concebido e estruturado para possibilitar a tutela dos direitos materiais na forma ressarcitória pelo equivalente monetário, amparado na premissa de que todos os bens e direitos seriam passíveis de conversão em dinheiro e de que toda violação seria adequadamente remediada por essa via. Trata-se de concepção fortemente relacionada com os valores do Estado Liberal-absenteísta, preocupado em resguardar a liberdade e a igualdade meramente formais, sobretudo mediante a não intervenção na esfera privada.

Entretanto, com as transformações decorrentes do advento do Estado Constitucional, também a compreensão acerca das tutelas do direito material sofreu notável sofisticação. Em tal contexto, a percepção acerca da necessidade de se tutelar adequadamente os direitos denuncia a insuficiência da tutela ressarcitória pelo equivalente monetário, impondo-se a concepção e desenvolvimento de uma tutela específica, em suas formas inibitória, reintegratória/de remoção do ilícito e ressarcitória. Com isso, abandona-se a preferência até então conferida àquela via indenizatória, idealizada como “remédio-padrão”, para se priorizar as outras formas de tutela do direito, mais consonantes com os valores do Estado Constitucional.

Esse movimento, no entanto, tem se mostrado bastante tímido no âmbito das obrigações contratuais, ainda intensamente dominado pela ideologia liberal. Nesse campo, partindo-se da equivocada concepção de que o ilícito civil necessariamente está vinculado à ocorrência de dano, conserva-se o apego a uma insustentável suficiência da tutela ressarcitória pelo equivalente monetário, negando-se ao Estado aptidão para interferir na relação jurídica no intuito de assegurar o cumprimento das obrigações pactuadas.

O propósito do presente artigo consiste, fundamentalmente, em evidenciar o equívoco de se limitar a tutela contra o inadimplemento contratual ao ressarcimento pelo equivalente monetário. A proposta, como é evidente, funda-se, sobretudo, na ideia de que as obrigações estipuladas pelo contrato surgem para serem cumpridas, e não para serem convertidas em dinheiro, havendo que se priorizar, sempre que possível, a tutela específica dos direitos.

2. Tutela ressarcitória pelo equivalente monetário e sua conexão com o Estado Liberal de Direito

A redução da tutela dos direitos ao ressarcimento pelo seu equivalente monetário é inerente ao liberalismo clássico, em que se verificava “íntima relação entre as ideias de abstração das pessoas e dos bens, de igualdade formal, de autonomia privada e de ressarcimento em pecúnia.¹ Em tal conjuntura, não se admitia que os sujeitos fossem forçados a fazer ou não fazer algo tanto porque não era dado ao juiz lhes violar a liberdade, como porque os bens e direitos poderiam ser perfeitamente convertidos em dinheiro.² Essa ideia, ademais, garantiria que as decisões estariam embasadas exclusivamente na lei, assegurando a liberdade política dos indivíduos.³

Nesse sentido, inegável que o paradigma racionalista, que caracteriza a ideologia pós-revolucionária, “revela uma acentuada dificuldade para quem pretenda conceber uma tutela processual preventiva e, em última instância, uma tutela efetiva para situações que exijam algo diferente de indenizações”, o que “impactou na jurisdição, forçando o juiz a declarar a vontade da lei mediante uma prática conservadora de seu poder, sendo indiferente às diversas particularidades ou à própria pretensão do cidadão”.⁴⁻⁵

¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 281.

² MARINONI; ARENHART; MITIDIERO. *Novo Curso...*, cit., p. 281.

³ Conforme observa Suárez, “essa ideia de impedir que o processo civil – ou, especificamente, o juiz – possa impactar na vida do cidadão interferindo nela ou obrigando-o a fazer ou não fazer algo tem uma ideologia vinculada à liberdade e à segurança do sujeito – de não se ver afetado pelo Estado – garantiria que o julgamento e a decisão estivessem estabelecidos apenas na lei. Em outras palavras, na equivalência entre a lei e o julgamento se asseguraria a liberdade política dos sujeitos.” (No original: “esta idea de impedir que el proceso civil – o, especificamente, el juez – pueda impactar en la vida del ciudadano interfiriendo en ella u obligándolo a hacer o no hacer algo tiene una ideología vinculada con la libertad y seguridad del sujeto – de no verse afectado por el Estado – garantizaría que el juzgamiento y la decisión estén fijados únicamente en la ley. En otras palabras, en la equivalencia entre la ley y el juzgamiento se aseguraría la libertad política de los sujetos”) (SUÁREZ, Christian Delgado. “De la inadecuación procedimental en la ejecución de obligaciones de hacer y no hacer en el Código Procesal Civil Peruano”. *O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos: estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 597-612, 2017, p. 598).

⁴ SUÁREZ. “De la inadecuación...”, cit., p. 598-599. No original: “revela una acentuada dificultad para quien pretende concebir una tutela procesal preventiva y, en última instancia, una tutela efectiva para situaciones que exijan algo diferente que indemnizaciones”, o que “impactó en la jurisdicción forzando al juez a declarar la voluntad de la ley mediante una práctica conservadora de su poder siendo indiferente a las diversas particularidades o la propia pretensión del ciudadano.”

⁵ Prossegue Suárez, observando que “a afirmação da liberdade do indivíduo, a importância do individualismo burguês ou razões de técnica jurídica escondem o êxito de uma longa luta política que culmina na revolução francesa com a vitória do poder central sobre o poder difuso, exercido pelo juiz. Sob este perfil, portanto, a incoercibilidade do fazer, tema nevrálgico para um discurso sobre as medidas coercivas, constitui um programa do jusnaturalismo baseado na revolução do papel do sujeito, a mudança de eixos da experiência jurídica para o homem, entendido como portador de prerrogativas inatas” (No original: “la afirmación de la libertad del individuo, la importancia del individualismo burgués o la razón de técnica jurídica esconden el éxito de una larga lucha política culminada en la revolución francesa con la victoria del poder central sobre el poder difuso, ejercitado por el juez. Bajo este perfil, por ende, la incoercibilidad del hacer, tema neurálgico para un discurso sobre las medidas coercitivas, constituye un programa del iusnaturalismo cimentado en la revolución del rol del sujeto, el cambio de ejes de la experiencia jurídica para el hombre, entendido como portador de prerrogativas innatas”) (SUÁREZ. “De la inadecuación...”, cit., p. 600).

Demais disso, relevante consignar que o momento era de afirmação das bases científicas da autonomia do direito processual civil em relação ao direito material, o que se implementou por meio de seu distanciamento de conteúdos éticos, sociais e políticos, no mesmo passo em que se suprimiu sua relação com o direito material. Desse modo, “*se todos são iguais independentemente das suas diferenças concretas, e para a preservação é imprescindível não constranger a autonomia privada*” é inegável que “*a tutela ressarcitória torna-se ideal, pois, além de neutralizar o valor do direito material, não constrange a vontade do obrigado*”.⁶

Esse modelo liberalista e patrimonialista, portanto, guardava perfeita correspondência com as necessidades vislumbradas à época, de se proteger os indivíduos contra as arbitrariedades estatais, resguardando-se a liberdade e a igualdade formais, e de exaltação da autonomia do direito processual. Todavia, o apego às garantias formais acentuou ainda mais as desigualdades substanciais, não tardando para que esse regime evidenciasse suas contradições e derrocasse, o que acabou se verificando, sobretudo, no âmago da cultura jurídica constitucional do segundo pós-guerra.

3. O advento do Estado Constitucional e a insuficiência do modelo liberal de tutela dos direitos

O modelo liberal de tutela dos direitos não resistiu às transformações implementadas pelo advento do Estado Constitucional, em que – tendo-se vivenciado a força aterrorizante do poder, a vulnerabilidade do indivíduo e a insuficiência das garantias até então estabelecidas⁷ – se passa a reconhecer que a democracia não sobrevive em um sistema em que fiquem desprotegidos os direitos e liberdades fundamentais.⁸ Nesse contexto, a pessoa se posiciona na base do ordenamento e como centro de imputação de uma multiplicidade de direitos (civis, políticos, sociais), os quais passam a ser vistos como fator de legitimação do poder e da atuação estatal.⁹

Os direitos fundamentais consagram-se, então, nas cartas constitucionais, com incontestável juridicidade, assumindo função dinâmica de prescrever no que a ordem existente deve se tornar e deixando o posto de mera válvula de fechamento do

⁶ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO. *Novo Curso...*, cit., p. 281.

⁷ COSTA, Pietro. *Soberania, representação, democracia*: ensaios de história do pensamento jurídico. Curitiba: Juruá, 2010, p. 262.

⁸ COSTA. *Soberania...*, cit., p. 262.

⁹ COSTA. *Soberania...*, cit., p. 262.

sistema.¹⁰ Emerge, desse modo, um modelo *garantista* de Estado, no qual o direito prescreve tanto as normas que regem a vida em sociedade como seus limites, distanciando-se sobremaneira do modelo paleopositivista clássico, embasado exclusivamente na validade formal das leis.¹¹

Com isso, assenta-se na cultura jurídica a necessidade de sujeição da produção normativa a um controle capaz de resgatar a substância da lei, pautado em princípios de justiça.¹² Os direitos fundamentais ostentam, destarte, garantias face aos Poderes *Legislativo* – limitado pela Constituição, pelo povo e pelo Poder Judiciário¹³ –, *Executivo* – restringido pelos princípios da legalidade e da reserva de lei, assim como pelo controle judicial¹⁴ –, e *Judiciário* – diante (i) da necessidade de observância ao devido processo legal; (ii) dos deveres de motivação e fundamentação legal de todas as decisões; (iii) da exigência de independência e imparcialidade do juiz, e (iv) da previsão de meios de impugnação contra atos judiciais etc.

Nesses termos, a tarefa jurisdicional deixa de ser a de mera descrição da vontade do legislador, mostrando-se imprescindível a *compreensão crítica* do direito para a construção da norma jurídica mais adequada aos princípios constitucionais de justiça e aos direitos fundamentais, em consonância com as necessidades vislumbradas nos casos em concreto.¹⁵ Assim, a interpretação judicial não mais se reduz a um “mecânico processo de subsunção do fato à hipótese normativa”,¹⁶ tornando-se “um juízo sobre a lei em si, pelo qual se procura estabelecer os sentidos válidos, de acordo com as normas constitucionais substanciais e com os direitos fundamentais”.¹⁷

Com isso, confere-se “certa margem de atuação para o operador jurídico, que, ultrapassando os métodos clássicos de interpretação, poderá desenvolver uma metódica concretista [...] desafiante do trânsito entre a norma [...] e o problema concreto a resolver”.¹⁸ Logo, “a norma de decisão, aquela que resolverá o problema

¹⁰ COSTA. *Soberania...*, cit., p. 262.

¹¹ FERRAJOLI, Luigi. “El derecho como sistema de garantias”. *Jueces para la Democracia*. n. 16-17, Madri, 1992, p. 63.

¹² MARINONI; ARENHART; MITIDIERO. *Novo Curso...*, cit., p. 446.

¹³ ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 63-65.

¹⁴ ROCHA. *Estudos...*, cit., p. 66-67.

¹⁵ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO. *Novo Curso...*, cit., p. 107-113.

¹⁶ HENRIQUES, Pedro Estiguer. *Ação afirmativa e controle de constitucionalidade: limites do Judiciário na análise de fatos e prognoses legislativos*. 2008. 187 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2008, p. 26. Disponível em: <goo.gl/KSUYGH>. Acesso: 22 mai.2018.

¹⁷ HENRIQUES. *Ação afirmativa...*, cit., p. 26.

¹⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Para uma dogmática constitucional emancipatória*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 50.

concreto, constitui resultado da atividade (concretização) do jurista e não algo pronto exigente de mera aplicação como querem determinados positivismos”.¹⁹

Em consequência, os órgãos jurisdicionais consagram-se como os guardiões naturais do direito e dos direitos, de modo que todo ato judicial passa a consubstanciar um ato de controle de constitucionalidade da lei e de tutela dos direitos fundamentais. Constatase, destarte, “uma revolução de envergadura”, “o destronamento da lei”, “a substituição do Estado liberal pelo Estado de Direitos”, na medida em que “A positivação dos direitos já não está, em última instância, nas mãos do Legislador, senão na do Juiz, a quem cabe concretizar o significado dos enunciados constitucionais para julgar, a partir deles, a validade ou invalidade da obra do legislador”.²⁰

Nesse “Estado de Direitos”, a ação se manifesta como “direito fundamental à adequada tutela jurisdicional”, é dizer, “à preordenação de procedimentos hábeis para dar resposta adequada ao direito material.”²¹ Demais disso, a preocupação com a efetiva proteção e concretização dos direitos relaciona-se intimamente com a compreensão do processo com esteio na tutela dos direitos, não se podendo afirmar ser a pessoa titular de uma posição juridicamente protegida sem que se lhe sejam garantidas correspondentes formas de tutela.²²

Evidencia-se, nesse caminhar, a absoluta insuficiência da tradicional tutela na forma ressarcitória pelo equivalente monetário, orientada apenas para a conversão em pecúnia dos bens e direitos, avultando a necessidade da tutela específica, comprometida com a integridade do direito, em suas formas inibitória, reintegratória e ressarcitória.²³ Com isso, no Estado Constitucional de Direito, a atuação do processo civil contra o ilícito não se esgota no ressarcimento do dano, devendo assegurar o cumprimento das normas de proteção, em relação às quais a caracterização de dano é desimportante.²⁴

¹⁹ CLÈVE. *Para uma...*, cit., p. 50.

²⁰ GOMES, Luiz Flávio. *A dimensão da magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 117.

²¹ ATAÍDE JUNIOR, Vicente de Paula. “A tutela específica no CPC/2015”. *O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos: estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 759-772, 2017, p. 761.

²² FERRARO, Marcella Pereira. “Litígios estruturais: entre técnica processual e tutela dos direitos”. *O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos: estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 664-682, 2017, p. 666.

²³ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO. *Novo Curso...*, cit., p. 301.

²⁴ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO. *Novo Curso...*, cit., p. 301.

À vista disso, se a compreensão da tutela pelo equivalente monetário como remédio-padrão constitui manifestação de uma garantia formal de liberdade inerente a um modelo estatal já superado, não há razão para insistir em negar as demais formas de tutelas aos direitos, inclusive no tocante às obrigações contratuais. Mais do que isso, há que se reconhecer a posição de primazia assumida pelas tutelas específicas, sendo fundamental que o processo se estruture e a tutela jurisdicional seja prestada em consonância com esse primado.

4. Tutelas específicas do direito material

Conceitualmente, tutela específica é o oposto da tutela pelo equivalente, o qual pode ser monetário ou não. Pela tutela específica, propicia-se ao interessado exatamente o bem da vida objeto da discussão, e não algo equivalente a ele. Nesse sentido, “A tutela específica do direito material é a que está preocupada com a integridade do direito e assim não objetiva dar o seu equivalente monetário ao lesado”.²⁵

Esclareça-se que nas situações em que a prestação perseguida é pecuniária e o credor acaba adjudicando um bem do devedor, a tutela em questão também se dá pelo equivalente, porém em coisa, e não monetário, já que, neste caso, a prestação específica seria aquela realizada em dinheiro.²⁶ Nesse sentido, é equivocado afirmar que a tutela específica sempre será prestada mediante a imposição de um fazer, uma abstenção ou entrega de bem “diverso de dinheiro”, porquanto, insistimos, sendo pecuniária a obrigação, a entrega de pecúnia constituirá autêntica tutela específica do direito. De todo modo, como a crítica objeto deste texto diz respeito, como já se notou, à irrefletida conversão em pecúnia dos bens e direitos, o foco obviamente recai sobre a primazia das tutelas específicas em relação à ressarcitória *pelo equivalente monetário*.

Há que se buscar, então, que o resultado do processo coincida, da forma mais aproximada possível, com aquilo que determina o direito material. Isso se dará por meio das tutelas inibitória e reintegratória/de remoção do ilícito, ambas direcionadas contra o ilícito (a primeira para impedi-lo, a segunda para removê-lo), independente de culpa ou prejuízo, ou, ainda, pela tutela ressarcitória destinada à recomposição do prejuízo na forma específica, a qual estabelecerá “a situação que existiria caso o dano não houvesse sido produzido”.²⁷

²⁵ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO. *Novo Curso...*, cit., p. 280.

²⁶ DIDIER JR., Fredie. “Tutela jurisdicional específica e as relações trabalhistas”. *Revista do TST*. Brasília, vol. 80, n 1, jan.-mar./2014. Disponível em: <goo.gl/89pLh6>. Acesso: 22 mai.2018.

²⁷ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO. *Novo Curso...*, cit., p. 303.

Cabe destacar que o Código de Processo Civil de 2015 consagrou expressamente, em seu art. 497, parágrafo único, o direito às tutelas inibitória e reintegratória/de remoção do ilícito, avançando em relação à redação dos arts. 461 e 461-A do Código revogado, sobretudo ao salientar a irrelevância da demonstração da ocorrência de dano para sua concessão. Isso denuncia o abandono da ideia de que apenas o ilícito civil danoso interessa para o direito, apartando-se, por conseguinte, em definitivo o dano da estrutura do ilícito civil. Resta superada, desse modo, a concepção civilista clássica, bem resumida na lição de Orlando Gomes, de que “não interessa ao direito civil a atividade ilícita de que não resulte prejuízo”.²⁸

Em outras palavras, o ilícito civil assume relevância autônoma para o direito, sendo remediável não por meio de tutela ressarcitória (seja na forma específica, seja pelo equivalente monetário), exatamente em virtude da desnecessidade de se indagar sobre a ocorrência de dano, mas sim mediante tutelas inibitória e reintegratória. Tal postura satisfaz, à toda evidência, os anseios do Estado Constitucional, em que avulta a necessidade de uma tutela contra o ilícito, independente de prejuízo.²⁹

Como se depreende da própria nomenclatura, constitui pressuposto da tutela inibitória a probabilidade da consumação de ato contrário ao direito, ao passo que a tutela reintegratória pressupõe uma situação antijurídica já perfectibilizada, destinando-se a removê-la. Em ambos os casos, será “desnecessário cogitar [...] não apenas sobre a probabilidade e a ocorrência de dano, mas também a respeito de culpa ou dolo”.³⁰ A discussão, portanto, gira tão-somente em torno do ilícito – de seu risco de ocorrência ou de sua consumação.

Destaque-se, a propósito, que as tutelas inibitória e reintegratória sequer dependem do direito processual, pois decorrem, precisamente, do direito material, considerando que não há direito que, ameaçado de lesão ou lesionado, dispense uma forma de proteção.³¹ Consagra-se, portanto, a compreensão de que a violação dos direitos deve ser impedida e removida, independente de sua potencialidade para produzir dano e ainda que o infrator não tenha concorrido com dolo ou culpa.

²⁸ Segundo o autor, “o dano integra-se na própria estrutura do ilícito civil. Não é de boa lógica, seguramente, introduzir a função no conceito. Talvez fosse preferível dizer que a produção do dano é, antes, um requisito da responsabilidade, do que do ato ilícito. Seria este simplesmente a conduta *contra jus*, numa palavra, a injúria, fosse qual fosse a consequência. Mas, em verdade, o Direito perderia seu sentido prático se tivesse de ater-se a conceitos puros.” (GOMES, Orlando. *Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 314).

²⁹ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO. *Novo Curso...*, cit., p. 301.

³⁰ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO. *Novo Curso...*, cit., p. 302-303.

³¹ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO. *Novo Curso...*, cit., p. 299.

Passo adiante, uma vez que o ilícito tenha produzido dano, a via aberta é a da tutela ressarcitória, quando se deve priorizar a forma específica em relação à que se dá pelo equivalente monetário. Como o ressarcimento diz respeito ao prejuízo experimentado, a ocorrência do dano é pressuposto inafastável dessa forma de tutela. Em alguns casos, como ressabido, será também necessário demonstrar a presença do elemento subjetivo – dolo ou culpa –, a depender do direito material discutido e da legislação regente.

Sublinhe-se que “a tutela ressarcitória na forma específica objetiva proteger o direito mediante uma reparação que se aproxime da reconstituição do estado que era anterior ao dano, tendo como oposto o ressarcimento, que dá ao lesado um *valor em dinheiro* equivalente ao da lesão”.³² Confere-se, então, ao interessado, a reparação específica pelo dano ocorrido, e não o sucedâneo pecuniário, admitindo-se que todo ilícito danoso deve buscar contemplar, sempre que possível, uma forma de tutela capaz de remediar o prejuízo *in natura*, restaurando o *status quo ante*.

Diante do exposto, há que se acentuar a prevalência da tutela específica – inibitória, reintegratória e ressarcitória na forma específica – dos direitos sobre a tutela pelo equivalente, reconhecendo-se o valor intrínseco dos bens e direitos, cuja conversão em pecúnia em geral deve ser aplicada apenas de forma subsidiária, *i.e.*, quando não restar alternativa. Destarte, sempre que se revelar concretamente possível, as formas de tutela específica terão preferência sobre a tutela pelo equivalente.

A assunção dessa postura dogmática, como é evidente, está intrinsecamente relacionada com a percepção acerca da necessidade de que de o processo se estruture “de maneira tecnicamente capaz de permitir a prestação das *formas de tutela* prometidas pelo direito material”, afinal, ele “não pode ser pensado de forma isolada ou neutra, pois só possui sentido quando puder atender às tutelas prometidas pelo direito material”.³³ Inegáveis, portanto, as implicações dessa virada teórica sobre os diversos ramos do direito, os quais devem atender às necessidades do direito material e de sua efetiva tutela.

5. Tutela(s) específica(s) contra o inadimplemento contratual

³² MARINONI; ARENHART; MITIDIERO. *Novo Curso...*, cit., p. 304.

³³ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO. *Novo Curso...*, cit., p. 297-298.

A primazia da tutela específica sobre a tutela pelo equivalente, embora pareça incontestável para a nossa geração, não constitui obviedade histórica, sobretudo no âmbito das obrigações contratuais. Devido a uma “série de motivações políticas e econômicas, que faziam entender que o cumprimento dos contratos não possuía a mesma importância da tutela dos direitos reais”, diferenciou-se a tutela específica da tutela pelo equivalente com base na relação direitos reais-obrigacionais, o que carece em absoluto de sentido na atualidade.³⁴

Com efeito, “A essência da tutela do vínculo contratual repousa na possibilidade de que o credor possa exigir o cumprimento específico da obrigação ajustada, ou seja, que ele possa obter a prestação *tal como devida*. É o cumprimento específico e *in natura* que vem em primeiro lugar, em nítida relação de preferência à tutela indenizatória.”³⁵ Logo, “A negação da tutela específica à obrigação contratual reveste-se de evidente contradição, pois admite que as partes se obrigam a contratar, mas, logo após, estão livres para não atender à prestação assumida, como se o adimplemento fosse um ‘dever livre’ ou um puro ato potestativo e não algo devido”.³⁶

Essas considerações impõem o reconhecimento de que qualquer ameaça de inadimplemento contratual, seja da obrigação principal seja dos deveres anexos, ensejará pretensão de obtenção de uma tutela inibitória,³⁷ no mesmo passo em que

³⁴ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO. *Novo Curso...*, cit., p. 307.

³⁵ STEINER, Renata. *Reparação de danos: interesse positivo e interesse negativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

³⁶ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO. *Novo Curso...*, cit., p. 305. Registre-se que também fundamentos de eficiência impõem que o remédio contratual padrão seja a execução específica, e não a conversão em pecúnia. Primeiro, porque se as partes estiverem cientes de que a execução específica será implementada, “trocarão promessas recíprocas de forma mais eficiente no momento da celebração”, assim como serão incentivadas a “alocar eficientemente os riscos de perda pela quebra ao invés de deixar essa tarefa, no todo ou em parte, para o tribunal ou para negociações pós-quebra conduzidas sob ameaça de um remédio legal potencialmente ineficiente.” Ademais, “se a execução específica fosse o remédio padrão, os custos pós-quebra de ajustar o contrato para mover a promessa para os usuários que mais a valorizam seriam menores do que pelo remédio legal mais eficiente.” Além disso, valores subjetivos atrelados ao cumprimento do contrato são mais eficientemente protegidos por meio da execução específica, promovendo-se a quebra contratual somente quando “alguém ficar melhor e ninguém ficar pior” em razão dela, ou seja, apenas quando for eficiente. Outrossim, há que se considerar os altos custos de apuração da valoração subjetiva da parte inocente no âmbito de um tribunal, de modo o risco de a parte inocente restar subindenizada se releva menor quando se trata de execução específica. (ULEN, Thomas S. “A eficiência da execução específica: rumo a uma teoria unificada dos remédios contratuais.” *Para que serve o direito contratual? Direito, sociedade e economia.*/org. José Rodrigo Rodriguez e Bruno M. Salama. São Paulo: Direito GV, 2014, p. 200-201). Maiores considerações a respeito, todavia, ultrapassam o âmbito deste artigo.

³⁷ Especificamente em relação à tutela inibitória na seara contratual, cabe destacar que assim como existe atualmente, à míngua de legislação disciplinadora, forte corrente doutrinária em defesa da possibilidade de *inadimplemento antecipado* quando vislumbrados atos do devedor que anunciem a impossibilidade do futuro adimplemento (vide, a propósito: BECKER, Anelise. “Inadimplemento antecipado do Contrato”. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 12, p. 67-78, out.-dez./1992; MARTINS-COSTA, Judith. “A recepção do incumprimento antecipado no direito brasileiro: configuração e limites”. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 885, p. 30-48, jul./2009), não há negar, nessas circunstâncias, a concepção de uma tutela específica destinada a obstar o inadimplemento futuro.

qualquer efetivo inadimplemento fará surgir a pretensão a uma tutela reintegratória/de remoção do ilícito. Em ambos os casos, é desimportante perquirir acerca da culpa do inadimplente ou sobre a potencialidade de o inadimplemento provocar prejuízos, pois esses fatores são irrelevantes, conforme multicitado, para a tutela direcionada contra o ilícito.

Por outro lado, “Quando a obrigação não puder mais ser adimplida, a tutela deverá prestar o equivalente *ao valor da prestação inadimplida*”, a qual não se confunde com a “tutela pelo equivalente *ao valor do dano*”,³⁸ pois embora ambas pertençam à categoria das tutelas ressarcitórias pelo equivalente monetário, a primeira diz respeito ao valor da obrigação inadimplida, ao passo que a segunda, ao dano verificado. Com isso, ainda que inexistente o dano, é possível o ressarcimento pelo equivalente ao valor da prestação inadimplida, desde que seu adimplemento tenha se tornado inviável.

Finalmente, quando verificado o prejuízo, a tutela ressarcitória na forma específica terá preferência sobre a tutela ressarcitória pelo equivalente monetário, buscando-se sempre que possível a recomposição *in natura*, reconstituindo-se o estado precedente ao dano. Esclareça-se, nesse ponto, que “O ressarcimento na forma específica, em verdade, é sempre uma forma de ‘ressarcimento’, e assim um ato de reintegração do interesse lesado por meio de uma prestação diversa e sucedânea em relação àquela prevista na obrigação”,³⁹ não se confundindo com a tutela do adimplemento específico ou de cumprimento coercitivo da prestação,⁴⁰ que corresponde mais precisamente à tutela reintegratória ou de remoção do ilícito (no caso, o ilícito se expressa no inadimplemento, devendo ser removido).

Exemplificativamente, consideremos um contrato de compra e venda de estabelecimento comercial em que o vendedor se comprometa a não desenvolver a mesma atividade empresarial dentro de prazo estipulado e em certa localidade. Nessa situação, não há como se negar a possibilidade de o comprador exigir uma tutela inibitória quando houver fortes indícios de que o vendedor irá violar o pactuado e iniciar uma empresa para desenvolver o mesmo ramo de atividade, ou uma tutela de remoção do ilícito/de adimplemento específico, caso já tenha dado início às atividades, a fim de que essas sejam sobrestadas. Sublinhe-se que ainda que nenhum prejuízo tenha advindo ou possa advir do descumprimento do contrato, serão cabíveis as tutelas inibitória e reintegratória contra o ilícito aventado. Outrossim, é cogitável a aplicação,

³⁸ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO. *Novo Curso...*, cit., p. 306.

³⁹ BIANCA, 1979, p. 315, *apud* STEINER. *Reparação...*, cit., p. 201, nota de rodapé 451.

⁴⁰ STEINER. *Reparação...*, cit., p. 200.

também independente de dano e cumulativamente à incidência da tutela de remoção do ilícito, da tutela ressarcitória pelo equivalente ao valor da prestação inadimplida.

A seu turno, sendo comprovado, no exemplo sugerido, que a abertura do novo negócio pelo vendedor provocou migração de clientes e, conjuntamente, redução do faturamento do comprador, é possível cogitar uma tutela ressarcitória na forma específica para se impor ao vendedor, *v.g.*, que arque com despesas de publicidade e propaganda em prol do comprador, no intuito de recuperar clientes, assim como com o valor correspondente à redução do faturamento. Essas duas cominações, importa anotar, constituem exemplos de tutela ressarcitória na forma específica, destinada à recomposição *in natura* dos danos verificados, seja respectivo à migração de clientes, seja à redução do faturamento. Recorde-se, a propósito, que quando a prestação devida for essencialmente pecuniária (como verificado na redução do faturamento), a tutela ressarcitória na forma específica será igualmente em dinheiro. Aliás, se o comprador se dispuser, *v.g.*, a receber o valor correspondente ao prejuízo em mercadorias, a tutela será ressarcitória pelo equivalente em coisa.

6. Tutela(s) específica(s) e o sistema de descumprimento estabelecido pelo Código Civil

Impõe-se, por fim, articular com o sistema de descumprimento estabelecido pelo Código Civil,⁴¹ considerando que, a partir dele, nem sempre será possível a tutela contra o inadimplemento do contrato, restando apenas a tutela ressarcitória (na forma específica ou pelo equivalente) ou a resolução. A propósito, cumpre consignar que embora inexistente dispositivo legal consagrando expressamente um direito do credor ao cumprimento da obrigação contratual, não há como negar sua conformação pela nossa ordem jurídica,⁴² o que, aliás, guarda coerência “com a racionalidade do direito contratual na tradição brasileira e em grande parte dos países de tradição da *civil law*”.⁴³

A principal dúvida a respeito consiste em saber se o adimplemento específico consubstancia imposição legal ou opção disponível para o credor prejudicado.⁴⁴ O esclarecimento dessa problemática parte da diferenciação entre (i) *mora*, verificada “quando a prestação ainda é possível e ainda satisfaz os interesses da parte lesada”, de

⁴¹ A propósito, conferir: STEINER. *Reparação...*, cit., capítulo 6.2.2.

⁴² Segundo Agostinho Alvim, “O nosso Código não o diz, expressamente. Mas, ao consignar o princípio segundo o qual o não cumprimento da obrigação dá ao credor o direito de exigir as perdas e danos [...] não exclui, nem podia excluir, o direito que lhe assiste de exigir, antes de tudo, que a obrigação se cumpra” (ALVIM, 1965, p. 23-24, *apud* STEINER. *Reparação...*, cit., p. 341).

⁴³ STEINER. *Reparação...*, cit., p. 341.

⁴⁴ STEINER. *Reparação...*, cit., p. 342.

modo que o adimplemento específico será exigível de ambas as partes,⁴⁵ e (ii) *inadimplemento absoluto*, constatado “quando a prestação devida não foi cumprida e não poderá ser”, em razão da “impossibilidade superveniente do objeto” ou da “inutilidade do cumprimento extemporâneo à satisfação dos interesses do credor”, (CC, art. 395, parágrafo único), ou, ainda, da presença de cláusula resolutiva expressa (CC, art. 474).⁴⁶

No caso de *impossibilidade superveniente do objeto*, o adimplemento do contrato restará prejudicado por força de lei,⁴⁷ revelando-se, por obviedade, incogitáveis ambas as tutelas contra o ilícito/contra o inadimplemento, *i.e.*, tanto a tutela inibitória como a de remoção do ilícito. A seu turno, verificada *inutilidade do cumprimento extemporâneo*, impõe-se ao credor o “ônus de demonstrar e qualificar em termos objetivos a inutilidade da prestação à satisfação de seus interesses prestacionais”.⁴⁸ Nesta situação, embora evidente a inocuidade de uma tutela inibitória, considerando-se que a hipótese pressupõe a concretização do inadimplemento, a tutela de remoção do ilícito terá espaço quando o cumprimento extemporâneo ainda for útil para o credor, inclusive quando ele não se desincumbir de provar eventual inutilidade.

Nesses termos, a tutela de remoção do ilícito, ou seja, o “cumprimento *in natura*”, “será a única tutela admissível enquanto a prestação ainda for possível e possa satisfazer” os interesses do credor,⁴⁹ de modo que “a demanda de cumprimento específico da obrigação não pertence à esfera de escolha do credor, sendo antes uma preferência legal”.⁵⁰ No âmbito dessa demanda, como já alertado, será impertinente a averiguação sobre ocorrência de danos ou sobre a culpa do inadimplente.

Por conseguinte, (apenas quando) constatado o inadimplemento absoluto – seja pela impossibilidade superveniente do objeto, pela comprovada inutilidade do cumprimento extemporâneo, ou, ainda, pela presença de cláusula resolutiva expressa –, não será cogitável uma tutela inibitória destinada a obstar o inadimplemento, tampouco uma

⁴⁵ STEINER. *Reparação...*, cit., p. 343.

⁴⁶ STEINER. *Reparação...*, cit., p. 342-343.

⁴⁷ STEINER. *Reparação...*, cit., p. 342.

⁴⁸ STEINER. *Reparação...*, cit., p. 342.

⁴⁹ STEINER. *Reparação...*, cit., p. 343. A partir daí, impõe-se, inclusive, uma interpretação do art. 499 do Código de Processo Civil em conformidade com o direito contratual, de modo que a obrigação somente será convertida em perdas e danos quando constatado o inadimplemento absoluto, nos termos acima delineados, não sendo suficiente o simples requerimento do credor (STEINER. *Reparação...*, cit., p. 343-344). Nesse sentido: “A conversão da tutela específica da obrigação inadimplida em tutela pecuniária não é fruto de um ‘direito livre’ ou simples exercício de uma opção”, porquanto isso significaria conferir “ao credor o poder de transformar a obrigação pactuada, o que violaria flagrantemente o sistema das obrigações e o princípio da autonomia da vontade” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO. *Novo Curso...*, cit., p. 844-845).

⁵⁰ STEINER. *Reparação...*, cit., p. 344.

tutela de remoção do ilícito. Nesse caso, remanescerão a tutela ressarcitória pelo equivalente ao valor da prestação e a tutela ressarcitória do dano, sendo esta prestada, preferencialmente, na forma específica, e subsidiariamente, pelo seu equivalente monetário.

Outrossim, como é intuitivo, se o adimplemento ainda for possível e a prestação ainda for útil ao credor, será possível a cumulação de uma tutela de remoção do ilícito, que buscará o adimplemento específico do contrato, com uma tutela ressarcitória dos prejuízos experimentados – na forma específica ou pelo equivalente. Do mesmo modo, verificado o inadimplemento absoluto e a indissociável inviabilidade da tutela de remoção do ilícito/de adimplemento específico, não há negar a possibilidade de se cumular a tutela ressarcitória pelo equivalente ao valor da prestação inadimplida com a tutela ressarcitória do dano provocado pelo inadimplemento – neste caso, na forma específica ou pelo equivalente. Com isso, mesmo quando nenhum dano seja comprovado, reconhece-se que o simples inadimplemento seja passível de ressarcimento em pecúnia, reforçando-se a já aventada relevância do ilícito civil não danoso para o direito e apartando-se, em definitivo, o dano da estrutura do ilícito civil.

Finalmente, interessa observar que tanto as tutelas – inibitória e reintegratória – contra o inadimplemento como as tutelas ressarcitórias cabíveis em caso de inadimplemento absoluto, cumuláveis ou não, não eximem o contratante de prestar a obrigação sinalagmática dele exigida. Isso significa que não há como confundir qualquer das situações até agora mencionadas com a hipótese de resolução contratual, esta que constitui opção à parte lesada em face do inadimplemento absoluto, a teor do art. 475 do Código Civil.⁵¹

Com efeito, enquanto na tutela ressarcitória pelo equivalente “A reparação pecuniária respectiva vem ‘no lugar da prestação’ ou em sua ‘substituição’”, a resolução extingue o contrato, de modo que “tanto a prestação como a contraprestação deixam de ser exigíveis dos partícipes, liberando ambos do seu cumprimento.”⁵² Desse modo, embora não seja dado ao credor abdicar do cumprimento específico do contrato nas situações em que ele seja possível, uma vez constatado o inadimplemento absoluto lhe caberá escolher entre a

⁵¹ Conforme observa Steiner, o art. 475 do CC, “lido em sua literalidade, poderia levar à conclusão de que o lesado tem a opção entre o cumprimento da prestação e a resolução do contrato. A solução é, contudo, conflitante com a análise global dos dispositivos voltados à proteção do descumprimento, nem assim com a afirmada prevalência da tutela do adimplemento específico.” Com efeito, “a única forma de interpretação sistemática seria de que a expressão ‘exigir-lhe o cumprimento’, inserida na redação do art. 475 do CC, seja identificada não com o cumprimento *in natura*, mas sim o cumprimento pelo equivalente. Insiste-se: Em relação ao primeiro, não há efetiva opção do lesado, pois é ele que bem em primeiro lugar.” (STEINER. *Reparação...*, cit., p. 346-347).

⁵² STEINER. *Reparação...*, cit., p. 345-346.

resolução e a tutela ressarcitória pelo equivalente. Logo, a resolução não constitui alternativa às tutelas contra o inadimplemento nas situações em que sejam viáveis, mas apenas ao ressarcimento no caso específico de inadimplemento absoluto.

7. Considerações finais

Conforme se buscou evidenciar, inexistente razão para se desconsiderar, diante das obrigações contratuais, as diversas formas de tutela do direito material, sobretudo no atual “Estado de Direitos”, em que a proteção efetiva dos direitos assume papel central. Com efeito, o contrato nasce para ser cumprido, não se contentando com irrefletida conversão em pecúnia das prestações pactuadas, devendo o processo, por conseguinte, estruturar-se no sentido de possibilitar que a tutela jurisdicional satisfaça as exigências do direito material, prezando pelo cumprimento que se aproxime o melhor possível dos exatos termos da prestação prometida.

É evidente que a pertinência e aplicabilidade prática dessas ideias deverão ser analisadas à luz de cada caso em concreto. De todo modo, impõe-se o abandono em definitivo das tradicionais limitações impostas à tutela das obrigações contratuais, admitindo-se, primeiramente em âmbito teórico, a aplicabilidade das diversas formas de tutela em tal campo, para, então, no plano concreto, conformar esses instrumentos teóricos com as necessidades apresentadas pelo direito material.

8. Referências

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Rio de Janeiro: Aide, 1991.

ANDRADE, Luiz Tomas Alves. “O inadimplemento antecipado do contrato no direito brasileiro”. *Revista da EMERJ*. v. 56. Disponível em: <goo.gl/rcGqV2>. Acesso: 22 mai.2018.

ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ATAÍDE JUNIOR, Vicente de Paula. “A tutela específica no CPC/2015”. *O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos: estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 759-772, 2017.

BECKER, Anelise. “Inadimplemento antecipado do Contrato”. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 12, p. 67-78, out.-dez./1992.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Para uma dogmática constitucional emancipatória*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

COSTA, Pietro. *Soberania, representação, democracia: ensaios de história do pensamento jurídico*. Curitiba: Juruá, 2010.

DE OLIVEIRA, Ubirajara Mach. “Quebra positiva do contrato”. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 25, p 26-56, jan.-mar./1998.

DIDIER JR., Fredie. “Tutela jurisdicional específica e as relações trabalhistas”. *Revista do TST*. Brasília, vol. 80, no 1, jan.-mar./2014. Disponível em: <goo.gl/89pLh6>. Acesso: 22 mai.2018.

FERRAJOLI, Luigi. “El derecho como sistema de garantias”. *Jueces para la Democracia*. n. 16-17, Madri, 1992.

FERRARO, Marcella Pereira. “Litígios estruturais: entre técnica processual e tutela dos direitos”. *O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos: estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 664-682, 2017.

GOMES, Luiz Flávio. *A dimensão da magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

HENRIQUES, Pedro Estiguer. *Ação afirmativa e controle de constitucionalidade: limites do Judiciário na análise de fatos e prognoses legislativos*. 2008. 187 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: <goo.gl/KSUYGH>. Acesso: 22 mai.2018.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARTINS-COSTA, Judith. “A recepção do incumprimento antecipado no direito brasileiro: configuração e limites”. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 885, p. 30-48, jul./2009.

PELUSO, Cezar (coord.). *Código civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 6ª ed. Barueri: Manole, 2012.

ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995.

ROTH, André-Noel. “O direito em crise: fim do Estado moderno”. *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros, 1996.

SCHREIBER, Anderson. *Direito Civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013.

STEINER, Renata. *Reparação de danos: interesse positivo e interesse negativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

SUÁREZ, Christian Delgado. “De la inadecuación procedimental en la ejecución de obligaciones de hacer y no hacer en el Código Procesal Civil Peruano”. *O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos: estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 597-612, 2017.

TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ULEN, Thomas S. “A eficiência da execução específica: rumo a uma teoria unificada dos remédios contratuais.” *Para que serve o direito contratual? Direito, sociedade e economia./org*. José Rodrigo Rodriguez e Bruno M. Salama. São Paulo: Direito GV, 2014.

civilistica.com

Recebido em: 10.6.2018

Aprovado em:

19.3.2019 (1º parecer)

25.11.2019 (2º parecer)

Como citar: TOSCAN, Anissara. Tutelas contra o inadimplemento contratual: a primazia das tutelas específicas sobre a tutela pelo equivalente monetário. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 8, n. 3, 2019. Disponível em: <http://civilistica.com/tutelas-contra-o-inadimplemento/>. Data de acesso.